

## Les Cahiers de droit



# Le droit de l'eau en France entre permanences et mutations

Jean-Louis Gazzaniga et Xavier Larrouy-Castéra

Volume 51, numéro 3-4, septembre-décembre 2010

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/045738ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/045738ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Gazzaniga, J.-L. & Larrouy-Castéra, X. (2010). Le droit de l'eau en France entre permanences et mutations. *Les Cahiers de droit*, 51(3-4), 899-922.  
<https://doi.org/10.7202/045738ar>

### Résumé de l'article

Depuis toujours, l'homme a tenu, par nécessité vitale, à disposer, voire à maîtriser l'eau. Le droit n'avait d'autre fonction que d'aménager la disposition ou la maîtrise de l'eau. Toute l'évolution du droit peut s'analyser comme un contrôle de plus en plus serré de l'usage de la ressource hydraulique qui obéit à des contraintes physiques, géographiques, climatiques... Ainsi, il y a le droit de l'eau des pays arides et celui des pays humides ; il y a ceux qui luttent pour l'eau et ceux qui luttent contre elle. Car, au-dessus de la libre disposition des hommes, la nature fixe sa loi. Les contraintes peuvent être aujourd'hui plus vives, elles ne sont pas nouvelles. Ce que mettent bien en lumière l'évolution du droit de l'eau et la permanence des traditions.

S'il s'agit d'un droit qui tient beaucoup à l'histoire, force est bien de reconnaître qu'il n'est pas figé et qu'il doit sans cesse s'adapter pour répondre aux évolutions de notre société. Les dernières lois en France ont mis en évidence la notion de l'eau patrimoine commun. Cette notion n'est pas propre à la France : l'eau est régulièrement proclamée comme « bien public », et plus récemment « droit humanitaire ». On ne peut négliger de nos jours les dimensions européenne et internationale du droit de l'eau. Le manque d'eau, catastrophique dans certains pays, et la pollution imposent à l'heure actuelle une plus large politique. Celle-ci dépasse les seuls cadres nationaux ; les principes juridiques classiques sont vite dépassés. On retrouve à l'échelon mondial les préoccupations économiques et sociales du droit de l'eau qui vont désormais au-delà de la simple réglementation.

# Le droit de l'eau en France entre permanences et mutations

---

Jean-Louis GAZZANIGA\* et Xavier LARROUY-CASTÉRA\*\*

*Depuis toujours, l'homme a tenu, par nécessité vitale, à disposer, voire à maîtriser l'eau. Le droit n'avait d'autre fonction que d'aménager la disposition ou la maîtrise de l'eau. Toute l'évolution du droit peut s'analyser comme un contrôle de plus en plus serré de l'usage de la ressource hydraulique qui obéit à des contraintes physiques, géographiques, climatiques... Ainsi, il y a le droit de l'eau des pays arides et celui des pays humides ; il y a ceux qui luttent pour l'eau et ceux qui luttent contre elle. Car, au-dessus de la libre disposition des hommes, la nature fixe sa loi. Les contraintes peuvent être aujourd'hui plus vives, elles ne sont pas nouvelles. Ce que mettent bien en lumière l'évolution du droit de l'eau et la permanence des traditions.*

*S'il s'agit d'un droit qui tient beaucoup à l'histoire, force est bien de reconnaître qu'il n'est pas figé et qu'il doit sans cesse s'adapter pour répondre aux évolutions de notre société. Les dernières lois en France ont mis en évidence la notion de l'eau patrimoine commun. Cette notion n'est pas propre à la France : l'eau est régulièrement proclamée comme « bien public », et plus récemment « droit humanitaire ». On ne peut négliger de nos jours les dimensions européenne et internationale du droit de l'eau. Le manque d'eau, catastrophique dans certains pays, et la pollution imposent à l'heure actuelle une plus large politique. Celle-ci dépasse les seuls cadres nationaux ; les principes juridiques classiques sont vite dépassés. On retrouve à l'échelon mondial les préoccupations économiques et sociales du droit de l'eau qui vont désormais au-delà de la simple réglementation.*

---

\* Archiprêtre, agrégé des Facultés de droit ; directeur de l'Institut supérieur de théologie Nice Sophia Antipolis.

\*\* Avocat, Cour d'appel de Toulouse.

*Since the dawn of civilization, humankind has, owing to sheer necessity, required access to water and to the harnessing of water. In its broadest sense, law has had no other purpose than to provide a framework for the accessing or harnessing of water. The evolution of such law may be analyzed as an increasingly tight control over the use of hydraulic resources that are subservient to physical, geographical and climatic constraints. Thus it stands that there is law governing arid lands and law regulating humid ones. So above and beyond humankind's free access to water, Mother Nature dictates her law. Current constraints may be more demanding, but they bear nothing new. The preceding sheds light upon the evolution of laws governing water and the perennial nature of tradition.*

*While such law is firmly grounded in history, one must recognize that it is not static and has to be continuously adapted in answer to the needs of our society. Recent legislation in France has drawn attention to the concept of water being a common patrimonial heritage. This concept is not limited to France since water is regularly stated as being a "public heritage" and more recently as a "humanitarian right." In our times, European and international dimensions to the right to water cannot be overlooked. Scarcity of water, which is catastrophic in some countries, and pollution underscore the current need for all encompassing public policy. This goes far beyond mere national borderlines for classical legal principles are rapidly overtaken. Worldwide we are witnessing the economic and social concerns for rights to water that extend far beyond ordinary regulatory measures.*

---

	<i>Pages</i>
<b>1 Les permanences du droit de l'eau</b> .....	902
1.1 Les caractéristiques physiques de l'eau .....	902
1.2 La difficile reconnaissance d'un droit.....	903
1.3 Un droit complexe.....	904
<b>2 Les mutations du droit de l'eau</b> .....	909
2.1 La qualité des eaux.....	909
2.2. La mise en place d'un nouveau cadre normatif .....	910
<b>Conclusion</b> .....	920

---

Depuis quelques années, le rythme des réformes dans le domaine du droit de l'eau s'accélère. Le mouvement n'est pas propre à cette branche du droit, mais il tranche nettement avec un certain immobilisme qui le caractérisait il n'y a pas si longtemps.

Quelques dates, en effet, suffisaient à en marquer les grandes étapes : 1898<sup>1</sup>, 1964<sup>2</sup>, 1992<sup>3</sup>. Certes, on pouvait ajouter pour paraître plus complet et faire bonne mesure : 1919 pour l'énergie hydraulique<sup>4</sup>, les décrets-lois de 1935 sur les eaux souterraines<sup>5</sup> et 1984 pour la pêche<sup>6</sup>. Le droit de l'eau — nous limitons notre propos à l'eau douce — préoccupait peu le législateur. Il en va différemment aujourd'hui. En moins de dix ans, les réformes succèdent aux réformes : textes législatifs et réglementations se multiplient à vive allure ; ils se caractérisent par leur technicité et leur complexité.

À cela de nombreuses raisons. On en peut relever quelques-unes. Tout d'abord, et l'expression est significative, il semble que l'on ne puisse plus parler de l'eau qu'en termes de problème. Chacun paraît convaincu de nos jours qu'il y a véritablement un problème de l'eau et celui-ci finit par devenir un problème de droit. Ce n'est certes pas le plus facile à résoudre, car le sujet manque d'unité. L'eau est tout, sauf un corps simple. La seconde raison tient au fait que le législateur se croit obligé de proclamer de grands principes généraux qui sont dans l'air du temps et qui n'ont le plus souvent qu'un caractère incantatoire : « l'eau fait partie du patrimoine commun de la nation<sup>7</sup> », « chaque personne physique [...] a le droit d'accéder à l'eau potable<sup>8</sup> »... quand on lui demande de répondre à des questions immédiates. Dans le même temps, les textes réglementaires sont de plus en plus techniques — le juriste peut raisonnablement se demander si l'on fait encore du droit. Enfin, pour nous limiter à quelques remarques, l'influence du droit

- 
1. *Loi du 8 avril 1898 sur le régime des eaux*, J.O. 10 avril 1898, p. 2226 (ci-après « loi de 1898 »).
  2. *Loi n° 64-1245 du 16 déc. 1964 relative au régime et à la répartition des eaux et à la lutte contre leur pollution*, J.O. 18 déc. 1964, p. 11258 (ci-après « loi de 1964 »).
  3. *Loi n° 92-3 du 3 janv. 1992 sur l'eau*, J.O. 4 janv. 1992, p. 187 (ci-après « loi de 1992 »).
  4. *Loi du 16 oct. 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique*, J.O. 18 oct. 1919, p. 11523.
  5. *Décret-loi du 8 août 1935 sur la protection des eaux souterraines*, J.O. 11 août 1935, p. 8795.
  6. *Loi n° 84-512 du 29 juin 1984 relative à la pêche en eau douce et à la gestion des ressources piscicoles*, J.O. 30 juin 1984, p. 2039 (ci-après « loi Pêche de 1984 »).
  7. *Loi de 1992*, préc., note 3, art. 1.
  8. *Loi n° 2006-1772 du 30 déc. 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques*, J.O. 31 déc. 2006, p. 20285, art. 1 (ci-après « LEMA »).

communautaire est essentielle. Les derniers textes ne sont le plus souvent que la traduction de directives européennes.

Si les textes sont de plus en plus nombreux, ils sont également de plus en plus difficiles à interpréter et souvent à appliquer. On se plaignait, il y a quelques années, que la ressource hydraulique n'était pas encore arrivée à l'âge du droit<sup>9</sup>; le droit de l'eau, pour bien des juristes, cela ne voulait pas dire grand-chose et prêtait à sourire. La loi Pêche de 1984, et celle de 1992, manifestait, dans une certaine mesure, que l'âge était atteint. On peut se demander si elle n'en est pas déjà sortie pour entrer dans celui de la technique, la réglementation administrative l'emportant largement sur le régime juridique.

Cependant, cette évolution rapide et accélérée du droit de l'eau qui en modifie la nature a laissé subsister bien des survivances du passé. Ce droit qui se veut moderne est mal dégagé de son histoire. Même en considérant que 1992 est une date déterminante, force est de constater que le droit de l'eau peut toujours s'analyser entre permanences et mutations.

## **1 Les permanences du droit de l'eau**

Au titre des permanences deux sont essentielles : les caractères généraux du droit de l'eau et le poids de l'histoire.

On peut relever trois caractères généraux du droit de l'eau. Le premier tient à la nature même de la ressource hydraulique; le second, à sa difficile reconnaissance comme un droit autonome; le troisième, enfin, à son extrême complexité.

### **1.1 Les caractéristiques physiques de l'eau**

Partons d'un raisonnement simple qui demeure toujours actuel. L'homme a besoin d'eau; elle est à l'origine de la vie. De là, la nécessité d'en assurer l'usage, voire la disposition. L'usage peut être individuel — la boisson, les soins du corps, l'entretien domestique — ou collectif — l'irrigation des terres, l'alimentation en eau des villes, la navigation, l'industrie. De cela tout le monde convient. Ainsi, l'évolution du droit de l'eau pourrait se ramener à un principe simple : organiser l'usage de la ressource hydraulique. Principe certainement trop simple qui ne rend pas suffisamment compte des limites et des caractères du droit de l'eau.

---

9. Jean-Louis GAZZANIGA, Jean-Paul OURLIAC et Xavier LARROUY-CASTÉRA, *L'eau : usages et gestion*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 1998, p. 7.

Tout d'abord, il faut reconnaître que l'eau est un élément naturel qui obéit à ses règles propres qui ne sont pas celles du droit. L'eau est soumise à la loi de la nature et non au législateur. L'abondance comme la rareté, voire la pénurie, sont les limites naturelles du droit ; le législateur a parfois tendance à l'oublier. Or, l'eau, comme l'air et le soleil, se place en dehors des principes du droit. Domat avait dit cela parfaitement<sup>10</sup>. Ajoutons que l'eau est un fluide, symbole même de ce qui est mouvant ; or, le droit a besoin de se rattacher à des certitudes et des bases solides, d'où la difficile reconnaissance d'un droit.

## 1.2 La difficile reconnaissance d'un droit

Notre droit de l'eau est hérité de classifications romaines, *res nullius*, *res communis* ; les servitudes retenues par le Code civil sont d'inspiration romaine comme la distinction des cours d'eau. Le régime féodal n'a rien simplifié. En ce domaine, la législation moderne n'a pas su se libérer de l'ancien droit.

Le droit ne s'est pas affranchi du passé parce qu'il n'a jamais su dégager un régime juridique autonome de l'eau. L'eau n'est pas parvenue à l'âge du droit. On a certes prévu des règles, mais en considérant que l'eau était l'accessoire de la terre, non comme une réalité propre. Juridiquement, on peut considérer que l'eau n'avait pas d'existence. De là, des mesures telles que l'appropriation des eaux de source au maître du fonds sur lequel elles jaillissent ou la propriété des eaux souterraines, car le tréfonds suit le fonds. Une telle position s'expliquait à l'époque par la place que tenait la terre et aussi parce que l'eau ne posait, ni en quantité ni en qualité, les problèmes que nous connaissons aujourd'hui.

Rien ne le montre mieux que les travaux préparatoires de la loi de 1898 (la discussion a duré 15 ans) où la question essentielle reste la propriété et l'usage essentiellement agricole<sup>11</sup>. Le développement industriel imposait d'autres règles ; il faudra 20 ans pour aboutir à la loi de 1919 sur l'énergie hydraulique, et imposer, pour la première fois, pour l'hydroélectricité, un régime juridique unique de l'eau. Dans les années 50, c'est la pollution qui est au premier rang des préoccupations. On se préoccupe moins de quantité,

---

10. Jean DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel ; le droit public, et legum delectus*, t. 1, Paris, Saugrain, 1767, Livre préliminaire, titre 3, section 1 « Distinction des choses par la nature », p. 16 : « Les cieux, les astres, la lumière, l'air & la mer, sont des biens tellement communs à toute la société des hommes, qu'aucun ne peut s'en rendre maître, ni en priver les autres ; & aussi la nature & la situation de toutes choses est toute proportionnée à cet usage commun pour tous. »

11. Voir J.-L. GAZZANIGA, J.-P. OURLIAC et X. LARROUY-CASTÉRA, préc., note 9, p. 17 et suiv.

du droit de l'eau proprement dit, que de lutter contre la pollution. Tandis que l'on attend une grande loi réformant l'ensemble du régime juridique de la ressource hydraulique, le législateur de 1964 renforce les pouvoirs de contrôle de l'Administration.

Quelques années plus tard, sous la poussée d'autres facteurs, notamment le manque d'eau, on s'efforçait de faire reconnaître l'identité juridique de l'eau. La loi Pêche de 1984 a fait un premier pas dans le sens puisqu'elle reconnaît que « [l]a préservation des milieux aquatiques et la protection du patrimoine piscicole sont d'intérêt général<sup>12</sup>. » La loi de 1992, après bien des débats, suit la même orientation et fait de l'eau un « patrimoine commun de la nation<sup>13</sup> ». Mais il n'est pas sûr que l'on en ait tiré toutes les conséquences. L'on pourrait ainsi présenter, sans trop forcer le trait, la reconnaissance du droit de l'eau en France sous la pression conjuguée de la pollution et de la pénurie sans que l'on ait organisé une réforme d'ensemble. Ce qui a pour conséquence évidente de manquer d'unité et d'en faire un droit particulièrement complexe.

### **1.3 Un droit complexe**

Qu'est-ce que le droit de l'eau ? On pourrait le définir comme l'ensemble des règles qui permettent d'assurer la répartition de l'eau et de lutter contre la pollution. Aussi largement entendu, le droit de l'eau paraît simple et se caractérise par deux traits : quantitatif et qualitatif. En réalité, il n'y a là que l'apparence de la simplicité. Tout d'abord, il faut bien admettre que parler de « droit de l'eau » est assez peu approprié : il faudrait dire « droit des eaux ». La France, en effet, ne connaît pas un régime juridique unique de l'eau. Les cours d'eau peuvent être domaniaux ou non domaniaux. L'eau de pluie, l'eau de source, les eaux souterraines peuvent être appropriées, mais la propriété reconnue au maître de fonds est précaire et limitée et aujourd'hui fortement encadrée. Sur les rivières, on ne peut exercer que des droits d'usage plus ou moins rigoureusement réglementés. Au point d'ailleurs que certains, refusant toute qualification juridique à la ressource hydraulique, parlent seulement des droits d'eau.

En outre, les textes qui forment le droit de l'eau sont eux-mêmes multiples et variés ; ils relèvent aussi bien du droit civil (la plupart des articles 640 et suivants du Code civil sont inchangés depuis la loi de 1898), du droit pénal, du droit administratif, du droit rural, du droit de l'environnement. Il faut, en effet, ouvrir une bonne douzaine de codes pour avoir une idée de

12. Loi Pêche de 1984, préc., note 6, art. 2, modifiant l'ancien article 401 du Code rural ; Code de l'environnement, art. L. 430-1.

13. Loi de 1992, préc., note 3, art. 1.

la matière ; on attend toujours un code de l'eau. Cette diversité trouve sa traduction dans l'organisation administrative. Les spécialistes ne sont pas tous d'accord sur le chiffre exact, mais il y a près d'une dizaine de ministères qui sont intéressés par le droit de l'eau. La complexité ne se limite ni aux grandes classifications du droit ni à l'organisation administrative. Elle affecte le droit lui-même... et parfois jusqu'à l'absurde. Distinguer les cours domaniaux et non domaniaux à partir d'un critère administratif peut à la rigueur se concevoir. Est-il raisonnable et logique de distinguer la propriété du lit et des berges, comme si la rivière n'était pas un tout ? On parle de nos jours d'«écosystème aquatique» : en tire-t-on toutes les conséquences ? De la même façon, la propriété des eaux de source, qui appartiennent en principe au maître du fonds sur lequel elles jaillissent, est assortie de tant de limites que l'on peut raisonnablement se demander ce qu'il en reste. En ajoutant que s'agissant des sources, l'eau qui jaillit n'a pas la même nature juridique que celle qui s'écoule, ce qui peut modifier le droit des usagers, comme en témoigne une décision du Tribunal de grande instance d'Angers du 21 juillet 2001<sup>14</sup>, qui applique à la lettre, contre l'esprit de la loi de 1992, le principe ancien qui fait du propriétaire du sol le maître du sous-sol. Un jugement conçu comme une page d'histoire du droit de l'eau. Ce n'est pas le seul exemple !

Sur le droit de l'eau, pèse en effet, plus qu'en toute autre matière, le poids de l'histoire. Rappelons-en rapidement quelques étapes.

Nous connaissons mal les origines lointaines de notre droit de l'eau. Raisonnablement, il faut admettre que la disposition de l'eau a été, dans un premier temps, générale et libre. L'eau, comme l'air et le soleil, est un don du ciel, un don de la nature, elle est à celui qui en a besoin. Or, tous les hommes ont besoin d'eau, son usage est véritablement général et, comme il s'agit d'une nécessité vitale, cet usage est libre. Certes, la rareté ou l'abondance en fixe les limites. Relativement vite, les hommes en sont venus à prévoir des règles pour aménager une équitable répartition de la ressource hydraulique. L'organisation de la communauté des habitants l'imposait. Il n'était nullement question de propriété. Peu à peu, l'aménagement des ressources en eau a conduit à leur contrôle et à l'apparition d'un pouvoir de police qui est devenu la marque de l'autorité. À l'époque féodale, cette autorité est exercée par les seigneurs qui contrôlent les rivières ; ils prélèvent des droits, rendent là justice, car plus que de pouvoir, c'est de justice qu'il faut alors parler. Les rivières entrent dans le patrimoine seigneurial :

14. Trib. gr. inst. Angers, 12 juill. 2001 (ci-après «décision d'Angers»); Valérie VARNEROT, «L'étrange pérennité du droit de propriété sur les eaux souterraines. À propos de la décision du TGI d'Angers en date du 12 juillet 2001 », R.J.E. 2002.2.135.



elles font l'objet de transactions, elles sont vendues, cédées avec les pêcheries et les moulins. De l'ensemble de ces prérogatives, certains juristes ont voulu faire un droit de propriété. Au sens où nous l'entendons aujourd'hui, c'est peu vraisemblable.

Dans le même temps, les communautés d'habitants, les particuliers obtiennent des franchises, des concessions. Ils peuvent creuser des puits, faire jaillir des sources, aménager des étangs. L'ensemble de ces droits devait former pour longtemps la loi de l'eau. En précisant, en outre, qu'il faut tenir compte des diversités locales.

À partir du <sup>xv</sup>e siècle — nous nous en tenons ici à des repères simples —, le droit des seigneurs est battu en brèche par le droit du roi. Le souverain entend soumettre les fleuves et les rivières navigables à son contrôle. Il y a, peu à peu, la constitution du domaine royal dans lequel les cours d'eau ont leur part. Par le célèbre Édit de Moulins de février 1566, le domaine de la couronne est réputé inaliénable. Au siècle suivant, l'Ordonnance de 1669 sur les eaux et forêts<sup>15</sup> consacre officiellement un principe déjà ancien qui accorde au roi les rivières navigables. Les juristes — notamment Loisel — considèrent alors que les petits ruisseaux sont aux particuliers riverains, les rivières aux seigneurs et les fleuves au roi<sup>16</sup>.

Toutes ces mesures forment le droit de l'eau jusqu'à la Révolution. Le législateur révolutionnaire règle le sort des fleuves et des rivières navigables qui entrent dans le domaine public, mais il délaisse les petites rivières qui sont désormais libres de tout droit féodal. Les concessions demeurent et tous ceux qui disposent de droit d'eau, de moulin, d'autorisation d'irrigation, sont exempts de redevances, mais ne sont pas privés de leur droit. Le Code civil s'en tient aux distinctions classiques à propos des rivières (art. 538) ; pour le reste, les puits, les sources, les étangs, les eaux pluviales, le Code règle les relations de voisinage sur le modèle du droit romain et renvoie les mesures particulières à un code rural qui n'a pas vu le jour.

L'abolition des droits féodaux, la référence au droit romain mettent en avant la propriété. Libre de toute redevance, la terre est le symbole de la propriété privée, absolue, inviolable et sacrée. La même passion va

---

15. *Édit portant règlement général pour les eaux et les forêts*, août 1669, reproduit dans David M. WALKER, *Collection complète, par ordre chronologique, des lois, édits, traités de paix, ordonnances, déclarations et règlements d'intérêt général antérieurs à 1789, restés en vigueur*, t. 1, Paris, Moessard et Jousset, 1835, p. 256.

16. Antoine LOISEL, *Institutes coutumières d'Antoine Loysel*, Paris, Videcoq, 1846, p. 245 et 246 : « 232. Les grands chemins et rivières navigables appartiennent au roi » ; « 233. Les petites rivières et chemins sont aux seigneurs des terres, et les ruisseaux aux particuliers tenanciers ».

gagner la maîtrise de l'eau qui n'est d'ailleurs qu'une dépendance du fonds. Tout le XIX<sup>e</sup> siècle ne parle que de propriété et l'on veut l'appliquer au domaine hydraulique. On pense donc très sérieusement à la propriété de l'eau, malgré les mises en garde de juristes plus raisonnables. Et c'est bien à un propriétaire-riverain que s'applique la loi du 8 avril 1898. De cette conception étroite du droit de l'eau, que l'on croit, bien à tort, héritée de l'histoire, nous ne sommes pas encore sortis. Tout au plus a-t-on multiplié les restrictions au droit de propriété et augmenté les pouvoirs de police de l'Administration.

Ces quelques rappels marquent l'évolution du droit, mais ils permettent aussi de comprendre que le droit de l'eau en France, tient encore par bien de ses aspects à l'histoire. La permanence des usages anciens, des concessions qui remontent à l'Ancien Régime, voire au Moyen Âge, et le maintien, malgré les réformes, de règles anciennes accusent encore le poids des traditions. Celles-ci confortent le droit des usagers, inquiètent l'Administration et troublent les tribunaux. La décision d'Angers que nous avons rappelée en est un exemple qui n'est pas unique.

Il y a quelques années, la Cour d'appel de Chambéry avait à résoudre une question de délimitation du lac Léman. Dans leur arrêt du 7 décembre 1964, les magistrats ont reproduit un cours de droit romain sur l'alluvion et leur décision a toutes les allures d'un commentaire du Digeste<sup>17</sup>. Cela peut surprendre, et pourtant l'argumentation s'imposait. Un examen rapide de la jurisprudence en matière de droit de l'eau (nous excluons évidemment de notre propos tout ce qui a trait aux faits de pollution) montre que les décisions sont souvent anciennes et qu'elles font fréquemment référence à l'ancien droit et au droit romain. Plutôt que d'évoquer de multiples cas d'espèce, rappelons quelques exemples types qui tiennent à la nature de la ressource hydraulique, aux traditions locales et au respect des droits acquis.

Le statut juridique des étangs de la Bresse et des Dombes (actuel département de l'Ain) est une véritable curiosité. Ces étangs sont grevés de servitudes particulières dont l'origine remonte au moins au XIII<sup>e</sup> siècle. L'originalité tient au fait que coexistent sur ces plans d'eau un double mode d'exploitation de la terre et de l'eau et un double droit d'appropriation. Sur l'étang laissé en eau, pendant deux ans, s'exerce l'«évolage», tandis que l'exploitation du terrain asséché porte le nom d'«assec». Deux exploitants ou deux propriétaires se partagent parfois la culture et la pêche. Ces différents droits sont hérités des usages anciens fondés non sur la propriété mais sur la saisine. Ils ont intrigué les juristes contemporains

---

17. Chambéry, 7 déc. 1964, D. 1965.Jur.123.

qui tenaient à définir les droits respectifs des deux propriétaires. On y a vu une indivision, mais une indivision « d'un type particulier ». En réalité, notre droit est impuissant à fournir une explication, mieux vaut s'en tenir aux usages traditionnels qui accordent au titulaire de l'évologe, le droit de pêche et à celui qui dispose de l'assec, le droit de parcours pour le bétail, de pâturage et de culture. Les juristes se défient de ces techniques qu'étudient aujourd'hui avec soin les historiens et les ethnologues<sup>18</sup>.

Les traditions locales sont souvent plus générales ; elles sont fermement défendues. Dans le Midi de la France où le manque d'eau est très sensible, la réglementation est forcément plus rigoureuse. La répartition équitable de l'eau est une nécessité. Les concessions des seigneurs, puis du souverain, ont permis l'irrigation et la vie des campagnes. Les communautés rurales y étaient tout particulièrement attachées. Rien d'étonnant que les populations y tiennent encore de nos jours et qu'elles opposent aux prétentions de l'Administration ou à des intérêts privés le bien commun reconnu depuis des siècles. Car le droit de l'eau est vraiment le droit du pays. L'exemple de la Catalogne est aussi très net. L'article 72 des *Usages de Barcelone* rédigé au XII<sup>e</sup> siècle fixe les droits d'usage des habitants sur les chemins, les rivières, les pâturages, etc. Or, ce texte célèbre (loi *stratae*) a traversé les siècles, tous les régimes politiques et a fini par devenir le symbole même du droit des communautés paysannes en Catalogne. On peut en suivre l'application bien au-delà des époques historiques, même aux XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles dans la jurisprudence des tribunaux. Et si les Catalans ont aujourd'hui oublié la loi *stratae*, tous ceux qui ont un jardin connaissent les droits particuliers des rigoles qu'imposent les contraintes de l'irrigation<sup>19</sup>.

Notre droit, enfin, respecte les droits acquis et parmi ceux-ci, les droits fondés en titre occupent une place à part. Les droits sur les cours d'eau domaniaux ou non domaniaux obéissent à des règles strictes ; ils sont soumis, pour les uns, à autorisation ; pour les autres, ils peuvent être réglementés, contrôlés. Échappent à ces obligations les titulaires de droits fondés en titre. C'est-à-dire ceux qui disposent d'une concession antérieure à 1566 pour les cours d'eau domaniaux et ceux qui bénéficient d'un droit antérieur à 1789, ou ayant fait l'objet d'une vente comme bien national, pour les cours d'eau non domaniaux. Les uns et les autres jouissent d'un droit original que certains juristes ont assimilé à la propriété, que d'autres ont comparé à une servitude et que l'on qualifie le plus souvent, faute de

---

18. Laurence BÉRARD, *Terres et eaux en Dombes. Technologie et droit coutumier*, Lyon, Presses universitaires de Lyon, 1982.

19. Louis ASSIER-ANDRIEU, *Le peuple et la loi. Anthropologie historique des droits paysans en Catalogne française*, Paris, L.G.D.J., 1987.

mieux, de droit réel immobilier d'une nature particulière. Sans qu'il soit besoin d'entrer dans le détail, il faut savoir que la reconnaissance d'un droit fondé en titre est respectée par le législateur et appliquée par les tribunaux. Il n'est pas rare de voir débattre devant les juridictions (assez souvent les tribunaux administratifs) d'actes antérieurs à la Révolution française et, pour certains d'entre eux, remontant au Moyen Âge. Le débat juridique est subordonné à la recherche historique.

Tout cela nous semble fort éloigné des réformes actuelles des derniers textes parus et des orientations nouvelles du droit de l'eau. On ne peut cependant méconnaître ses permanences : les mutations, même les plus récentes, ne peuvent les ignorer.

## **2 Les mutations du droit de l'eau**

Nous l'avons dit, la loi de 1964, malgré ses lacunes, ses imperfections, a marqué un tournant décisif dans le droit de l'eau.

Tout d'abord parce qu'elle a mis en avant l'importance de la qualité des eaux et fait de la lutte contre la pollution son objectif premier. Ensuite parce qu'elle prévoit, pour cette politique nouvelle, une administration particulière. La loi de 1964 a ainsi orienté toute la législation et réglementation ultérieure. On a modifié, dépassé, réformé, mais sur ces deux principes, on n'est jamais revenu.

### **2.1 La qualité des eaux**

Si la pollution des eaux a été l'une des premières questions que le législateur a eu à résoudre, au début des années 80, le « problème de l'eau » connaît une nouvelle dynamique. Lutter contre la pollution ne suffit plus. Avec les idées, change également le vocabulaire. On parle de « milieu aquatique », d'« écosystème », de « gestion globale ». La rivière est à la fois l'eau qui coule, le lit sur lequel elle passe, les berges qu'elle arrose, la végétation qu'elle irrigue et la faune qu'elle abrite. Il y a un souci écologique qui dépasse la pollution ; la loi sur l'eau dont on parle devra envisager la ressource hydraulique sous tous ses aspects.

Les raisons d'un tel changement sont liées à l'évolution de la recherche scientifique, mais aussi à une préoccupation pratique, celle du manque d'eau. Quelques étés particulièrement chauds en 1976, puis surtout en 1989, 1990 et 1991 ont provoqué une situation de sécheresse assez exceptionnelle. On prend conscience que la France peut manquer d'eau. À défaut de prévoir, l'Administration considère qu'elle « gère la pénurie ». Les conditions d'une nouvelle politique de l'eau paraissent remplies. Celle-ci doit forcément trouver sa traduction juridique.

## 2.2. La mise en place d'un nouveau cadre normatif

De 1985 à 1990, plusieurs commissions parlementaires, administratives et universitaires sont réunies à la demande du ministère de l'Environnement. Tous les rapports insistent sur les insuffisances et les complexités de notre droit et l'urgence de les réformer. Les solutions proposées étaient diverses, mais elles peuvent toutes se ramener à trois idées essentielles : simplifier, unifier, préserver. La simplification devait porter à la fois sur les services administratifs chargés de la police et de la gestion des eaux — on faisait remarquer que certaines mesures devaient passer par une dizaine de ministères et administrations — mais également sur la réglementation et la police des eaux. L'unification visait non seulement les mesures concernant les usages de l'eau — déclaration et autorisation devaient être uniques pour toutes les eaux et ne varier qu'en fonction des usages par rapport à l'impact qu'ils pouvaient avoir sur la ressource ; mais aussi le régime juridique, ce qui était beaucoup plus difficile à obtenir. La préservation de la ressource devenait une priorité et celle-ci devait aller au-delà de la pollution — il fallait préserver l'eau pour elle-même. On se refusait à distinguer, comme on l'avait fait trop souvent depuis 1964, entre le quantitatif et le qualitatif.

La loi est promulguée le 3 janvier 1992<sup>20</sup>. Au-delà de l'affirmation de quelques grands principes<sup>21</sup>, les principaux apports de la loi résident dans la volonté d'aboutir à une gestion « globale et équilibrée » et, pour y parvenir, sont mis en place des instruments de gestion spécifiques — les schémas directeurs d'aménagement et de gestion des eaux (SDAGE) et les schémas d'aménagement et de gestion des eaux (SAGE) — ainsi qu'une police unique de l'eau applicable aux installations, ouvrages, travaux et activités (IOTA), susceptibles d'avoir un impact sur la ressource.

Avec les SDAGE et les SAGE, le législateur s'est clairement inspiré de ce qui existait à l'époque avec le droit de l'urbanisme, à savoir les schémas directeurs d'aménagement et d'urbanisme (SDAU) et les plans d'occupation des sols (POS)<sup>22</sup>. Cette planification du droit de l'eau s'organise à un double niveau : le SDAGE à l'échelon d'un bassin ou d'un groupement de bassins et le SAGE dans un sous-bassin ou un groupement de sous-bassins correspondant à une unité hydrographique ou un système aquifère. Le

20. Loi de 1992, préc., note 3.

21. *Id.*, art. 1 : « L'eau fait partie du patrimoine commun de la nation. Sa protection, sa mise en valeur et le développement de la ressource utilisable, dans le respect des équilibres naturels, sont d'intérêt général. L'usage de l'eau appartient à tous » (Code de l'environnement, art. L. 210-1).

22. Ces instruments sont devenus respectivement les schémas de cohérence territoriale (SCOT) et les plans locaux d'urbanisme (PLU) depuis la *Loi n° 2000-1208 du 13 déc. 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains*, J.O. 14 déc. 2000, p. 19777.

SAGE doit être compatible avec le SDAGE ou rendu compatible avec lui dans un délai de trois ans suivant la mise à jour du SDAGE<sup>23</sup>.

Si chacun des SDAGE a été approuvé dans les six bassins hydrographiques français, dans les délais impartis par la loi, en revanche, on ne peut pas dire que la mise en place des SAGE ait soulevé un véritable enthousiasme. L'état d'avancement des SAGE, à la mi-1998, faisait apparaître un seul SAGE mis en œuvre, celui de la Drôme<sup>24</sup> ! Bien des raisons ont pu être avancées pour expliquer ce retard : certainement la lourdeur de la procédure et la difficulté — réelle — de constitution des commissions locales de l'eau (CLE) chargées d'élaborer et mettre en œuvre ces documents. Peut-être aussi la volonté des acteurs de l'eau de ne pas se laisser enfermer dans un corps de règles trop strictes ou contraignantes<sup>25</sup>. Depuis la loi de 1992 cependant, leurs modalités de création, d'approbation et leur contenu ont dû être adaptés et enrichis, sans doute pour les rendre plus « attractifs », mais aussi — nous le verrons — afin de se conformer aux objectifs communautaires.

Pour ce qui est de la police des eaux, la loi du 3 janvier 1992 constitue une étape essentielle : elle pose pour la première fois le principe de l'unité de la ressource en eau et de sa gestion équilibrée. L'objectif est d'assurer la préservation des écosystèmes aquatiques et des zones humides, la protection et la restauration de la qualité des eaux, le développement dans le respect des équilibres naturels, la protection quantitative, la valorisation et la répartition de la ressource de manière à satisfaire ou à concilier les exigences liées à la présence humaine et aux activités économiques et de loisirs. Elle consacre ainsi une approche globale de l'eau et des milieux aquatiques. Jusqu'à ce texte, en effet, les polices des eaux différaient selon leur statut juridique (eaux privées, eaux souterraines, eaux domaniales ou non domaniales).

23. Code de l'environnement, art. L. 212-3, al. 2.

24. FRANCE, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal officiel de l'Assemblée nationale*, 11<sup>e</sup> légis., 19 octobre 1998, « Question n° 16857 de Jean-Luc Reitzer », réponse publiée p. 5688.

25. Comme le remarque Pierre ROUSSEL, « La politique de l'eau en France », *POUR*, n° 157, mars 1998, p. 15, à la page 20, au sujet des SDAGE :

[Ils] impliquent moins directement l'engagement financier des collectivités locales, tout en couvrant des espaces territoriaux beaucoup plus vastes et en associant étroitement les services de l'État et ceux des agences de l'eau pour l'analyse et le recueil des données. Un Sage a pour finalité de déboucher sur des travaux, donc d'engager financièrement les élus ; de plus il peut mettre en évidence certaines contradictions possibles, comme par exemple entre projets d'aménagements et risques d'inondation, et est donc porteur de conflits possibles entre partenaires locaux.

Désormais, la police de l'eau recouvre les règles relatives aux IOTA susceptibles de présenter des dangers pour la santé et la sécurité publique, de nuire au libre écoulement des eaux, de réduire la ressource en eau, d'accroître notablement le risque d'inondation, de porter gravement atteinte à la qualité ou à la diversité du milieu aquatique, notamment aux peuplements piscicoles. S'inspirant en cela de la procédure applicable en matière d'installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE), la loi du 3 janvier 1992 pose en son principe la nécessité d'obtenir une autorisation ou de procéder à une déclaration pour toutes les opérations susceptibles d'exercer une influence sur le régime des eaux<sup>26</sup>.

Selon l'article L. 214-1 du Code de l'environnement, la police de l'eau s'applique à toutes « les installations [...], les ouvrages, travaux et activités réalisés à des fins non domestiques par toute personne physique ou morale, publique ou privée, et entraînant des prélèvements sur les eaux superficielles ou souterraines, restitués ou non, une modification du niveau ou du mode d'écoulement des eaux, la destruction de frayères, de zones de croissance ou d'alimentation de la faune piscicole ou des déversements, écoulements, rejets ou dépôts directs ou indirects, chroniques ou épisodiques, même non polluants ». La définition est on ne peut plus large et vise toute espèce de travaux dans le domaine de l'eau. Il n'y a plus aujourd'hui de distinction possible à faire entre ceux qui prélèvent et ceux qui restituent, ceux qui prélèvent sans restituer, ceux qui polluent ou non, ceux qui le font périodiquement ou épisodiquement. La police de l'eau est globale et s'applique quel que soit le régime juridique de l'eau concernée (cours d'eau non domanial, domanial, eau pluviale, eau courante, eau stagnante, zone humide...). De façon générale, sont exclus de la nomenclature les installations, ouvrages, travaux et aménagements dont l'impact sur le milieu aquatique est trop faible pour justifier qu'ils soient soumis à autorisation ou à déclaration<sup>27</sup>. Le décret n° 93-743 du 29 mars 1993 portant nomenclature

26. Loi de 1992, préc., note 3, art. 10.

27. Est ici principalement concerné l'usage domestique qui, selon l'article R. 214-5 du Code de l'environnement, est constitué par :

les prélèvements et les rejets destinés exclusivement à la satisfaction des besoins des personnes physiques propriétaires ou locataires des installations et de ceux des personnes résidant habituellement sous leur toit, dans les limites des quantités d'eau nécessaires à l'alimentation humaine, aux soins d'hygiène, au lavage et aux productions végétales ou animales réservées à la consommation familiale de ces personnes. En tout état de cause, est assimilé à un usage domestique de l'eau tout prélèvement inférieur ou égal à 1 000 m<sup>3</sup> d'eau par an.

des installations ou activités visées par la loi sur l'eau<sup>28</sup> dresse la liste des opérations soumises selon les cas à autorisation ou à déclaration. Cette distinction n'a pas de valeur en soi ; ces rubriques servent essentiellement à « faciliter la lisibilité ». Les titres de la nomenclature correspondent à un type d'impact et, sous chacun de ces titres, le décret distingue les ouvrages soumis à autorisation et ceux simplement tenus à déclaration<sup>29</sup>.

À l'unification de la police de l'eau correspond enfin une unité dans l'autorité administrative chargée de la mettre en œuvre. De façon quasi exclusive, c'est au préfet, représentant de l'État dans le département, qu'il appartient de délivrer ou de refuser les autorisations ou déclarations demandées au titre de la loi sur l'eau. C'est également au préfet qu'il appartiendra de modifier ou de retirer l'autorisation ou bien encore de contrôler et éventuellement de sanctionner le non-respect de la police de l'eau. La coordination de la police de l'eau au niveau départemental est assurée par les missions inter services de l'eau (MISE). Ces dernières sont placées sous l'autorité du préfet du département et veillent au respect de la police de l'eau. Elles doivent ainsi permettre une approche globale des questions relatives à l'eau en assurant la cohérence des interventions des différents services de l'État dans le département, chargés de la gestion de la ressource en eau.

Malgré les avancées notables du droit de l'eau et les instruments de gestion innovants mis en place au début des années 90, l'action du législateur français ne devait pas s'arrêter là. Il fallait désormais compter avec la dimension européenne. Notre droit est, dans une large mesure, d'inspiration communautaire. Ainsi, 85 p. 100 du droit de l'environnement en est directement issu. La Commission européenne, le Parlement européen et la Cour de justice des Communautés européennes constituent désormais des acteurs à part entière de la politique de l'eau française.

---

28. Le Décret n° 93-743 du 29 mars 1993 relatif à la nomenclature des opérations soumises à autorisation ou à déclaration en application de l'article 10 de la loi n° 92-3 du 3 janv. 1992 sur l'eau, J.O. 29 mars 1993, p. 5607, codifié aux articles R. 214-1 et suivants du Code de l'environnement, a été modifié à plusieurs reprises, la plus récente modification mais aussi la plus importante résultant du Décret n° 2006-881 du 17 juill. 2006 modifiant le décret n° 93-743 du 29 mars 1993 relatif à la Nomenclature des opérations soumises à autorisation ou à déclaration en application de l'article 10 de la loi n° 92-3 du 3 janv. 1992 sur l'eau et le décret n° 94-354 du 29 avril 1994 relatif aux zones de répartition des eaux, J.O. 18 juill. 2006, p. 10786.

29. Les cinq titres de la nomenclature s'organisent désormais de la façon suivante : prélèvements, rejets, impacts sur le milieu aquatique ou sur la sécurité publique, impacts sur le milieu marin et régimes d'autorisation valant autorisation au titre des articles L. 214-1 et suivants du Code de l'environnement.



Cette évolution n'était pourtant pas inscrite dans le texte fondateur de l'Europe. Le Traité de Rome<sup>30</sup> ne faisait pas mention des questions d'environnement ; seule l'économie devait servir de base au projet politique de construction européenne. C'est au final par étapes successives, en fonction des préoccupations manifestées ponctuellement, que l'Europe s'est investie petit à petit dans la protection des eaux. L'intervention de la Communauté européenne en faveur de la protection des milieux aquatiques remonte pour l'essentiel au début des années 70 et se caractérise par l'adoption d'une réglementation abondante. Les textes se succèdent à un rythme soutenu : directives «eaux potabilisables<sup>31</sup>» et «eaux de baignade<sup>32</sup>» en 1975, «substances dangereuses<sup>33</sup>» en 1976 et «eaux potables<sup>34</sup>» en 1980.

L'Acte unique européen<sup>35</sup> va être à l'origine de la deuxième « vague » de directives : directives «eaux urbaines résiduaires<sup>36</sup>» et «nitrates<sup>37</sup>» de 1991 qui ont en commun d'imposer des programmes d'investissements importants. Ce sont au final près d'une trentaine de directives qui ont été adoptées de manière fragmentée dans le domaine de l'eau, et que les États membres destinataires ont parfois bien du mal à transposer<sup>38</sup>.

---

30. *Traité instituant la Communauté économique européenne*, 25 mars 1957, non publié au J.O. (entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1958).

31. CEE, *Directive 75/440/CEE du Conseil, du 16 juin 1975, concernant la qualité requise des eaux superficielles destinées à la production d'eau alimentaire dans les États membres*, [1975] J.O. L 194/26.

32. CEE, *Directive 76/160/CEE du Conseil, du 8 décembre 1975, concernant la qualité des eaux de baignade*, [1976] J.O. L 31/1.

33. CEE, *Directive 76/464/CEE du Conseil, du 4 mai 1976, concernant la pollution causée par certaines substances dangereuses déversées dans le milieu aquatique de la Communauté*, [1976] J.O. L 129/23.

34. CEE, *Directive 80/778/CEE du Conseil, du 15 juillet 1980, relative à la qualité des eaux destinées à la consommation humaine*, [1980] J.O. L 229/11.

35. *Acte unique européen*, 17 et 28 février 1986, [1987] J.O. L 169/1 (entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1987).

36. CEE, *Directive 91/271/CEE du Conseil, du 21 mai 1991, relative au traitement des eaux urbaines résiduaires*, [1991] J.O. L 135/40.

37. CEE, *Directive 91/676/CEE du Conseil, du 12 décembre 1991, concernant la protection des eaux contre la pollution par les nitrates à partir de sources agricoles*, [1991] J.O. L 375/1.

38. Si la France a pu représenter « un modèle de l'eau », et inspirer le droit communautaire en la matière, elle ne fait pas toujours figure d'un élève « appliqué » lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre la norme supranationale. C'est là le moindre des paradoxes du droit de l'eau. La France a ainsi été condamnée six fois pour manquement aux obligations imposées par les directives sur l'eau (eaux résiduaires urbaines, eaux de baignade, eaux potabilisables, eaux souterraines et nitrates), l'Espagne, sept fois et le Royaume-Uni, cinq fois.

Le droit communautaire de l'eau constitue alors une construction juridique baroque dépourvue de toute vision d'ensemble conduisant, en juin 1995, le Conseil et le Parlement européen à lancer un appel en faveur d'un réexamen de la politique communautaire de l'eau.

La Directive 2000/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2000 instituant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau<sup>39</sup> marque un tournant et constitue un texte d'une grande portée qui doit désormais inspirer toute la politique communautaire de l'eau des prochaines années. Pierre angulaire de la politique de l'Union européenne en matière de protection de l'eau, la directive-cadre sur l'eau engage les États membres dans un objectif ambitieux de reconquête de la qualité des eaux et des milieux aquatiques. Cette directive part du même constat que la loi sur l'eau du 3 janvier 1992 : « L'eau n'est pas un bien marchand comme les autres mais un patrimoine qu'il faut protéger, défendre et traiter comme tel<sup>40</sup>. » Elle est, en grande partie, inspirée du « modèle français de l'eau » : la gestion par bassin, des documents de planification pour chacun des grands bassins hydrographiques (SDAGE), le principe du pollueur-payeur, la concertation avec les acteurs de l'eau. Elle introduit, cependant, plusieurs innovations fondamentales :

- une obligation de résultat d'ici à 2015<sup>41</sup> : le « bon état » écologique des milieux aquatiques. Cet état sera apprécié en particulier sur des critères biologiques représentatifs d'un bon fonctionnement des écosystèmes liant préservation des milieux et satisfaction des divers usages de l'eau (alimentation en eau potable, activités économiques ou de loisirs). Les rejets de certaines substances classées comme dangereuses ou dangereuses prioritaires devront être réduits, ou supprimés d'ici à 20 ans<sup>42</sup> ;
- la définition d'un référentiel européen commun. Elle demande aux États membres d'identifier des « masses d'eau », c'est-à-dire une sous-partie de bassin versant, aux caractéristiques naturelles et anthropiques homogènes, à partir desquelles des indicateurs de qualité et des valeurs de référence du « bon état » pourront être définis, rendant ainsi possible la comparaison des eaux en Europe ;
- une analyse économique qui portera sur le bilan des pressions exercées par les usages de l'eau, les rejets polluants, les prélèvements, les

39. CE, Directive 2000/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau, [2000] J.O. L 327/1 (ci-après « directive-cadre sur l'eau »).

40. *Id.*, considérant n° 1.

41. *Id.*, art. 4.

42. *Id.*, art. 16.

interventions sur les cours d'eau. Cette analyse procédera également à une évaluation du «taux de récupération des coûts», c'est-à-dire de la part du coût total de l'eau pris en charge par les usagers de l'eau<sup>43</sup>. L'objectif étant d'évaluer le degré d'application du principe du pollueur-payeur et plus généralement les transferts financiers qui peuvent exister entre les usagers de l'eau, les budgets de l'État et des collectivités territoriales ;

— une participation active des acteurs de l'eau<sup>44</sup>.

La directive-cadre constitue un acte fondateur à partir duquel toute l'activité législative européenne dans le domaine de l'eau doit s'articuler.

La loi du 21 avril 2004<sup>45</sup>, passée relativement inaperçue, constitue une étape intermédiaire importante dans la construction du droit de l'eau en transposant la directive-cadre sur l'eau. Composée d'à peine neuf articles, elle intègre en droit français certains aménagements dictés par le droit communautaire et qui devaient être l'œuvre de la nouvelle loi sur l'eau annoncée à grands tambours et trompettes depuis la fin des années 90, mais dont l'adoption a été sans cesse repoussée. Les aménagements sont essentiellement d'ordre institutionnel. Il appartient à l'autorité administrative de délimiter les bassins ou groupements de bassins, ainsi que les «masses d'eau souterraines» et les eaux maritimes qui leur sont rattachées<sup>46</sup>, et d'établir périodiquement pour chaque bassin ou sous-bassin un programme pluriannuel de mesures contribuant à la réalisation des objectifs et des dispositions des SDAGE, ainsi qu'un programme de surveillance de l'état des eaux<sup>47</sup>. Par ailleurs, c'est au comité de bassin à qui il incombe de procéder à des analyses de l'état des eaux et des incidences des activités sur celles-ci, d'une part, et à l'établissement et à la mise à jour des registres des zones protégées (zones sensibles, zones vulnérables, zones de captage des eaux...), d'autre part<sup>48</sup>. L'autorité compétente à la tête du «district hydrographique» au sens de la directive-cadre est le Préfet coordonnateur de bassin, dont les compétences et les moyens ont été renforcés<sup>49</sup>.

43. *Id.*, art. 9.

44. *Id.*, art. 14.

45. *Loi n° 2004-338 du 21 avril 2004 portant transposition de la directive 2000/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau*, J.O. 22 avril 2004, p. 7327 (ci-après «loi du 21 avril 2004»).

46. *Id.*, art. 2.

47. *Id.*, art. 4.

48. *Id.*, art. 2.

49. *Décret n° 2005-636 du 30 mai 2005 relatif à l'organisation de l'administration dans le domaine de l'eau et aux missions du préfet coordonnateur de bassin*, J.O. 31 mai 2005.

Cette loi entraîne également quelques aménagements dans la planification et la procédure d'élaboration du SDAGE, avec une meilleure information et participation du public (mise à disposition). Le contenu des SDAGE a dû être reformulé pour correspondre à l'objectif à atteindre de bonne qualité des eaux d'ici 2015. Le SDAGE désormais doit s'attacher dans son contenu à fixer les objectifs pour parvenir à un « bon état écologique » des eaux (objectif désormais central du droit de l'eau) et comporter un document plus opérationnel consistant dans un programme de mesures dont l'objet est de définir les actions réalisées dans le domaine de l'eau. La loi du 21 avril 2004 renforce aussi la portée juridique du SDAGE et du SAGE à l'égard des documents d'urbanisme. Désormais les documents d'urbanisme (SCOT, PLU), doivent être compatibles avec les orientations fondamentales d'une gestion équilibrée de la ressource en eau et les objectifs de qualité et de quantité des eaux définies par les SDAGE, ainsi qu'avec les objectifs de protection définis par les SAGE<sup>50</sup>, alors qu'autrefois la loi n'exigeait qu'une simple prise en compte.

Cependant, la loi du 21 avril 2004 n'a constitué qu'une étape intermédiaire dans une refonte beaucoup plus générale. Cette nécessité de procéder à une réforme globale de la politique de l'eau s'est fait ressentir dès la fin des années 90, avec peut-être plus d'urgence au fur et à mesure que l'on se rendait compte de la dégradation constante de la ressource et de sa raréfaction liée notamment à des périodes de canicule sans précédents (été 2003). Il convient alors de faire une constatation amère : le législateur de 1992 n'est pas parvenu à résoudre le « problème » de l'eau et il faut réformer profondément et rapidement le système existant ; du moins est-ce le souhait exprimé par la majorité de ceux qui s'intéressent à la question. C'est ainsi que, dès le 20 mai 1998, le ministre chargé de l'Environnement a présenté en Conseil des ministres une communication sur « la réforme des instruments d'intervention publique dans le domaine de l'eau<sup>51</sup> ».

Si tout le monde s'accordait sur la nécessité d'une réforme, sa concrétisation législative en revanche a été semée d'embûches, ce qui montre l'embarras du législateur à intervenir en ce domaine tant les enjeux sont nombreux et contradictoires. À vrai dire, cette difficulté n'est pas nouvelle si l'on se rappelle les discussions interminables qui ont précédé le projet de code rural napoléonien<sup>52</sup>, lequel finalement ne verra jamais le jour.

50. Loi du 21 avril 2004, préc., note 45, art. 7.

51. FRANCE, MINISTÈRE DE L'AMÉNAGEMENT DU TERRITOIRE ET DE L'ENVIRONNEMENT, communiqué, « Communication en Conseil des ministres de Dominique Voynet sur la réforme des instruments d'intervention publique dans le domaine de l'eau » (20 mai 1998).

52. Paul MARMOTTAN, « Un projet de Code rural sous le premier Empire », *Revue des études napoléoniennes* 1913.1.321.

Aujourd'hui, cette difficulté de légiférer semble accrue par une plus grande technicité de la matière, l'importance des enjeux et la nécessité, sur le plan juridique, de concilier notre droit avec la norme européenne.

Il aura fallu au total plus de huit années de débats parlementaires, assortis d'une consultation nationale, pour que l'on vienne à bout de cette réforme, qui vit le jour dans les derniers instants d'une année qui s'achève. Ainsi est née la *Loi n° 2006-1772 du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques*<sup>53</sup>. Le moins que l'on puisse dire est que le contenu de cette loi, surnommée «LEMA», ne soulève pas l'enthousiasme de ses premiers commentateurs<sup>54</sup>. S'il est sans doute trop tôt pour se livrer à une évaluation de la centaine d'articles contenus dans la loi — d'importance fort inégale il est vrai —, on peut déjà mettre l'accent sur les principales nouveautés qui tiennent à la fois aux principes, aux institutions, aux instruments de planification et à la police de l'eau.

Sur le plan des principes tout d'abord, et sans doute sous la pression constante du droit international, la loi nouvelle comporte en son article premier la proclamation du «droit d'accéder à l'eau potable<sup>55</sup>». Le droit en général, et le droit de l'eau en particulier, affectionne ce type de proclamation aux accents solennels : «patrimoine commun de la nation», l'eau, et son usage, «appartient à tous»; sa protection, sous toutes ses formes, est «d'intérêt général». Faut-il voir ici ni plus ni moins qu'une nouvelle déclaration d'intention sans traduction juridique effective qui puisse être invoquée par un particulier devant les juridictions? Il est difficile de se prononcer même s'il faut constater que le législateur prend la précaution d'enfermer ce droit «[d]ans le cadre des lois et règlements ainsi que des droits antérieurement établis<sup>56</sup>», ce qui devrait assurément en limiter la portée. Il faut noter aussi, pour la première fois sans doute, au travers d'une loi, la référence à la gestion d'une ressource tenant compte non

53. LEMA, préc., note 8.

54. Certains parlent d'une loi placée «entre volontarisme et renoncements» (Sylvie CAUDAL et Patrick JANIN, «La loi du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques entre volontarisme et renoncements», *Droit administratif* 2007.4.11 (étude n° 5)) ou «entre attermolements et renoncements» (Bernard DROBENKO, «La loi sur l'eau et les milieux aquatiques : entre attermolements et renoncements», R.J.E. 2007.2.141); pour d'autres, il s'agit d'une loi à la croisée d'«impatients espoirs ou doutes résignés» (Catherine RIBOT, «Les réformes introduites par la loi sur l'eau et les milieux aquatiques : impatients espoirs ou doutes résignés?», *Environnement* 2007.4.9 (étude n° 6)) ou bien, pour des auteurs plus critiques encore, une loi constitutive d'un «“patchwork” impressionnant pour une ambition réduite» (Raphaël ROMI, «La loi sur l'eau : un “patchwork” impressionnant pour une ambition réduite», *Droit de l'environnement* 2007.146.48).

55. Code de l'environnement, art. L. 210-1, al. 2.

56. *Id.*

seulement des conséquences sociales, environnementales, économiques, géographiques mais aussi climatiques<sup>57</sup>.

Au niveau des institutions ensuite, la nouvelle loi sur l'eau ne procède pas à un grand bouleversement en confortant le rôle et les responsabilités des collectivités territoriales (pour l'essentiel les communes) dans la gestion de l'eau et de l'assainissement collectif, ou non collectif, et des services publics correspondants. De même, ce sont de simples ajustements auquel il est procédé concernant la composition du comité de bassin et la CLE. La principale nouveauté réside sans doute dans la création d'un établissement public de l'État à caractère administratif, placé sous la tutelle du ministre chargé de l'Environnement : l'Office national de l'eau et des milieux aquatiques (ONEMA)<sup>58</sup>. Cet organisme, qui englobe le Conseil supérieur de la pêche (CSP), a pour mission de « mener et de soutenir au niveau national des actions destinées à favoriser une gestion globale, durable et équilibrée de la ressource en eau, des écosystèmes aquatiques, de la pêche et du patrimoine piscicole ». Il participe à la « connaissance, la protection et la surveillance de l'eau et des milieux aquatiques ainsi que de leur faune et de leur flore, et contribue à la prévention des inondations<sup>59</sup> ».

Attendue sur le sujet depuis longtemps, la LEMA procède à la réforme des redevances perçues par les agences de l'eau. Cette modification, au cœur de la nouvelle législation, est aisément compréhensible dans la mesure où le système des redevances conditionne largement la concrétisation de la politique de l'eau. Désormais, c'est « [l]e Parlement [qui] définit les orientations prioritaires du programme pluriannuel d'intervention des agences de l'eau et fixe le plafond global de leurs dépenses sur la période considérée ainsi que celui des contributions des agences à l'Office national de l'eau et des milieux aquatiques<sup>60</sup> ». C'est également le Parlement qui fixe les règles concernant l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des redevances désormais au nombre de sept (redevance pour pollution de l'eau / pour modernisation des réseaux de collecte / pour pollutions diffuses / pour prélèvement sur la ressource en eau / pour stockage d'eau en période d'étiage / pour obstacle sur les cours d'eau / pour protection du milieu aquatique)<sup>61</sup>. Cette clarification s'imposait pour se mettre en conformité avec la Constitution. Cependant, la question des redevances montre aussi les limites de cette loi qui ne va pas fondamentalement remettre en cause le déséquilibre existant dans la répartition de la charge fiscale entre

57. *Id.*, art. L. 210-1, al. 3.

58. LEMA, préc., note 8, art. 88.

59. Code de l'environnement, art. L. 213-2, al. 1 et 2.

60. Code de l'environnement, art. L. 213-9-1, al. 2.

61. Code de l'environnement, art. L. 213-10-1 — L. 213-10-12.

les agriculteurs et les consommateurs, faisant ainsi peu de cas du principe du pollueur-payeur.

L'apport principal de la LEMA est peut-être alors ailleurs, dans la rénovation de l'instrument essentiel de planification de l'eau que constitue le SAGE. Avec la loi nouvelle le SAGE accède au rang de document juridique à valeur réglementaire à part entière puisque le règlement et les documents cartographiques qu'il comporte sont déclarés expressément par la loi comme opposables aux tiers pour l'exécution de toute installation, ouvrage, travaux ou activité soumise à déclaration ou autorisation préalable au titre de la police de l'eau<sup>62</sup>. Son contenu est en outre étoffé et il doit comporter un « plan d'aménagement et de gestion durable de la ressource en eau et des milieux aquatiques<sup>63</sup> ». Conséquence de cette opposabilité directe, la procédure applicable à son élaboration est transformée et le projet de SAGE est soumis à une enquête publique préalable<sup>64</sup>, alors qu'autrefois il n'était prévu qu'une simple mise à disposition.

La police de l'eau n'est pas en reste et la LEMA procède à un toilettage du dispositif existant ainsi qu'à son renforcement (par de nouvelles obligations comme la remise en état<sup>65</sup> et par une plus grande sévérité dans le montant des condamnations pénales<sup>66</sup> notamment). Le législateur n'hésite pas non plus — c'est désormais habituel — à réécrire des dispositions dont l'application s'est révélée délicate en pratique. Ainsi, une nouvelle définition est donnée des « eaux closes<sup>67</sup> » et du « débit réservé<sup>68</sup> ».

## Conclusion

Au terme de cette étude consacrée à l'évolution du droit de l'eau en France, une question subsiste : le droit de l'eau est-il parvenu enfin à maturité et va-t-on arriver à la stabilité, indispensable à la mise en œuvre d'une politique efficace et efficiente ? Rien n'est moins sûr. En fait, si au cours des siècles il est un caractère permanent du droit de l'eau, c'est bien celui de sa complexité !

Le droit de l'eau est caractérisé par une profusion de textes qui, plutôt que d'aboutir à l'unité tant recherchée, semble ajouter à la confusion. Le

62. Code de l'environnement, art. L. 212-5-2.

63. *Id.*, art. L. 212-5-1. Ce qui n'est pas sans rappeler le projet d'aménagement et de développement durable (PADD) des documents d'urbanisme.

64. *Id.*, art. L. 212-6.

65. LEMA, préc., note 8, art. 10.

66. *Id.*, art. 10 et suiv.

67. *Id.*, art. 89.

68. *Id.*, art. 5.

droit communautaire constitue un échelon supplémentaire qui participe de façon non négligeable à cette complexité<sup>69</sup>, en entraînant une transformation radicale du droit français par l'imposition des notions essentiellement techniques à l'égard desquelles les juristes sont peu familiers. Ainsi, par exemple, pour l'identification des masses d'eau, il est institué 5 degrés de qualité de ces états (très bon, bon, moyen, médiocre et mauvais), établis en fonction d'un ensemble de paramètres biologiques, hydromorphologiques et physicochimiques. Cet édifice est tellement complexe que, suite à la parution de la directive-cadre, l'une des premières missions de la Commission européenne a été de mettre en place une stratégie commune de transposition de la directive, chargée d'élaborer des « [g]uides de mise en œuvre<sup>70</sup> ».

L'inefficience de la politique de l'eau n'est donc peut-être pas toujours imputable à l'absence de réelle volonté politique ou à l'insuffisance de moyens budgétaires ; la complexité du droit de l'eau constitue vraisemblablement un frein, à tel point que l'on constate aujourd'hui une amorce de « déréglementation<sup>71</sup> ».

Comme le relève J.-F. Neuray,

[i]l tombe sous le sens que, plus une disposition sera technique et précise, plus elle sera susceptible d'être modifiée. Mieux vaudrait [...] inscrire les principes généraux du droit de l'environnement et les règles essentielles dans un texte de valeur hiérarchique supérieure, destiné à durer, et laisser à l'exécutif le soin de gérer les détails. L'adoption de normes hybrides où lois et règlements se côtoient,

69. La directive-cadre sur l'eau, c'est 70 pages, comprenant 26 articles avec un ensemble de définitions conséquent (41 dans l'article 2), mais aussi 11 annexes scientifiques et techniques.

70. Sylviane LEPRINCE, « La directive cadre 2000/60/CE "eau" : exposé général et premières considérations relatives à sa mise en œuvre », dans Jean-François NEURAY (dir.), *La directive 2000/60/CE du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau. Droit européen. Droit interne. Droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 1, à la page 4.

71. La sénatrice F. Keller rapporte ainsi que l'arsenal réglementaire accompagnant la directive Eaux résiduaires urbaines,

fondé notamment sur la publication d'arrêtés de délimitation des agglomérations et d'arrêtés d'objectif de réduction des flux de substance polluantes, était d'une complexité telle qu'il a été simplifié par un décret de 2006 supprimant ces procédures et relevant le seuil d'autorisation pour faire basculer un maximum d'agglomérations dans un régime déclaratif. De surcroît, les interprétations fluctuantes de la directive fournies par l'administration centrale, portant notamment sur la définition des notions d'agglomération d'assainissement ou de conformité de collecte, ont sérieusement compliqué la tâche des services de l'État, jusqu'à la parution d'un "guide de définition" en juin 2006.

FRANCE, SÉNAT, *Politique de l'eau : la France au milieu du gué*, par Fabienne KELLER au nom de la Commission des finances, Rapport d'information n° 352, 27 juin 2007, p. 37, [En ligne], [www.senat.fr/rap/r06-352/r06-3521.pdf] (29 septembre 2010).



pire, s'entremêlent, n'est certainement pas de nature à contribuer à l'idéal de simplification qui a marqué les grands codes<sup>72</sup>.

Il est vrai que le problème n'est pas nouveau : M<sup>e</sup> Cohen, avocat en la Cour royale d'Aix, n'appelait-il pas déjà de ses vœux, en 1842, « la réunion des lois si nombreuses qui existent aujourd'hui, en un seul Code où tous les principes soient enfin classés avec méthode et précision<sup>73</sup> » ? La prochaine étape du droit de l'eau sera-t-elle alors celle d'un code de l'eau... ?

---

72. Jean-François NEURAY, « Conclusions générales », dans J.-F. NEURAY (dir.), préc., note 70, p. 149, aux pages 155 et 156.

73. Préface de l'ouvrage de Joseph DUBREUIL, *Analyse raisonnée de la législation sur les eaux*, Aix, 1842, t. 1, p. 98.